

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE
DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Bruna Ismério de Souza

Rio de Janeiro

2017.1

BRUNA ISMÉRIO DE SOUZA

**DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE
DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof^a. M^a. Juliana de Sousa Gomes Lage.**

Rio de janeiro

2017.1

S719d Souza, Bruna Ismério de
Direito sucessório do companheiro: a
(in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código
Civil / Bruna Ismério de Souza. -- Rio de Janeiro,
2017.
64 f.

Orientadora: Juliana de Sousa Gomes Lage.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito Sucessório. 2. União Estável. I. Lage,
Juliana de Sousa Gomes , orient. II. Título.

CDD 342.165

BRUNA ISMÉRIO DE SOUZA

**DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE
DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Mestre Juliana de Sousa Gomes Lage**.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof^a. M^a. Juliana de Sousa Gomes Lage - UFRJ – Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017.1

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, que trata da sucessão do cônjuge e do companheiro. Ao observar a forma como o Código Civil regulou o direito sucessório do cônjuge e do companheiro, é possível observar que, em diversos pontos, foi dado tratamento bastante diferenciados a ambos, de forma injustificada. Para a elaboração do presente trabalho, foi feita uma análise do mencionado dispositivo legal à luz da Constituição Federal, além de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tendo sido ainda analisada a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do referido artigo. Ao final, restou demonstrado que o art. 1.790, do Código Civil é inconstitucional, por violar diversos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Direito sucessório; União estável; Tratamento diferenciado de cônjuge e companheiro; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present study proposes to analyze the constitutionality of article 1,790, of the Civil Code, which deals with the succession of the companion. When observing how the Civil Code regulated the inheritance law of the spouse and the companion, it is possible to observe that, in several points, treatment was given quite different to both, in an unjustified way. For the preparation of the present work, an analysis of the aforementioned legal provision was made in the light of the Federal Constitution, in addition to doctrinal and jurisprudential research, and the recent decision of the Federal Supreme Court, which declared the article unconstitutional, was also analyzed. In the end, it has been demonstrated that art. 1790, of the Civil Code is unconstitutional, for violating several constitutional principles.

Keywords: Succession Law; Common-law Marriage; Differential treatment of spouse and partner; Unconstitutionality.

SUMÁRIO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO.....	1
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS.....	1
FACULDADE DE DIREITO.....	1
INTRODUÇÃO.....	5
1. UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL.....	5
2. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL.....	8
3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL.....	11
4. O JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	13
CONCLUSÃO	16
REFERÊNCIAS.....	16

INTRODUÇÃO

A união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 226, § 3º, garantiu ao instituto proteção estatal, colocando-o ao lado do casamento e de outros modelos de família. Entretanto, a carta magna não regulamentou a união estável, deixando que a legislação infraconstitucional a regulasse, o que foi feito posteriormente pelas leis 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996.

Com o advento do Código Civil de 2002, este trouxe as regras relativas ao direito sucessório dos companheiros, conferindo a estes tratamento bastante diferenciado, em diversos pontos, do tratamento dado ao cônjuge.

Diante da distinção feita pelo Código Civil, muitos doutrinadores passaram a questionar a constitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, que versa sobre a sucessão do companheiro. Na jurisprudência, existem diversos julgados que afastam o mencionado dispositivo entendendo ser o mesmo inconstitucional, entretanto, não existe consenso sobre o tema entre os tribunais. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento sobre o assunto, decidindo pela inconstitucionalidade da norma, com repercussão geral.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, considerando a polêmica em torno do tema, bem como a falta de consenso entre doutrina e jurisprudência.

O tema é de grande relevância, uma vez que a Constituição Federal garantiu proteção às famílias formadas sem o vínculo do matrimônio, não determinando que existe hierarquia entre as modalidades de família. Ao conferir tratamento diferenciado aos companheiros, colocando estes em posição de desvantagem, no que concerne ao direito sucessório, o Código Civil viola diversos princípios constitucionais.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, o art. 1.790, do Código Civil foi analisado com base em diversos princípios constitucionais, tendo sido expostas as opiniões de renomados doutrinadores acerca do tema, além de julgados relevantes, incluindo o recente julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal.

A presente monografia estrutura-se em quatro capítulos. No primeiro capítulo, é feito um estudo sobre o instituto da união estável no ordenamento jurídico brasileiro, sendo demonstrada a evolução histórica do tratamento conferido pelo direito pátrio ao instituto, bem como as características, impedimentos, efeitos pessoais e patrimoniais da união estável. No segundo capítulo, busca-se demonstrar a forma como o Código Civil de 2002 tratou cônjuges e companheiros para fins de sucessão, evidenciando a diferença no tratamento. No terceiro capítulo é demonstrada a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, tendo em vista a equiparação constitucional entre os institutos do casamento e da união estável e os princípios da igualdade, da afetividade, da vedação ao retrocesso e da dignidade da pessoa humana. Por fim, o quarto capítulo analisa o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

1. UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

1.1. Evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro

1.1.1. Direito brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988

O casamento civil foi instituído no Brasil pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. A partir de então, além do casamento de fato não ser reconhecido pelo Estado, este também deixou de considerar válido o casamento religioso.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 permaneceu considerando o casamento como único meio de se constituir família. Embora o referido diploma não tenha se ocupado de regulamentar o concubinato, fez menção a este em seus arts. 248 e 1.777, sempre buscando defender o instituto do casamento¹.

Assim, estabelecia o inciso VI do art. 248 do Código Civil de 1916 que a mulher tinha o direito de reivindicar os bens comuns doados ou transferidos pelo marido à concubina. Por sua vez, o art. 1.777 do mesmo diploma previa que a anulação da doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice poderia ser anulada, no prazo de dois anos a contar da dissolução da sociedade conjugal, pelo outro cônjuge ou por seus herdeiros necessários.

Não obstante a evidente preferência do legislador pelo casamento e a clara tentativa de coibir as uniões de fato, muitas famílias se constituíram através do concubinato, ou seja, sem o vínculo do matrimônio, afinal, nas palavras de Maria Berenice Dias, “não há lei, nem de Deus nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar sua felicidade”².

Até o advento da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, o divórcio não existia no ordenamento jurídico pátrio, havendo apenas o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial, o que contribuiu para que famílias fossem formadas sem o selo do casamento.

1 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 197.

2 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 238.

Diante de um grande número de famílias vivendo às margens da proteção jurídica, foram surgindo diversas leis que defendiam o concubinato e a jurisprudência foi evoluindo no sentido de reconhecer os direitos dos concubinos³.

O Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, ao regular o acidente de trabalho, estabeleceu no parágrafo único de seu art. 21 que a companheira mantida pela vítima teria direito a receber a indenização prevista no referido diploma, desde que a vítima não fosse casada ou, existindo cônjuge, este não tivesse direito. Além disso, era exigido que a companheira tivesse sido declarada como beneficiária na carteira profissional da vítima, no registro de empregados, ou mediante qualquer ato solene de manifestação de vontade.

Com a Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, o servidor civil, militar ou autárquico passou a ter a possibilidade de abater do imposto de renda os gastos com a concubina que vivesse sob sua dependência econômica há pelo menos cinco anos. Ressalte-se que era necessário que o servidor fosse desquitado e não respondesse pelo sustento de sua esposa.

Em 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 35 com a seguinte redação: “em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

Com o advento da Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963, a companheira de servidor civil, militar ou autárquico falecido passou a ter direito ao recebimento de pensão, desde que a convivência marital tenha se dado por prazo mínimo de cinco anos e até a data do óbito.

Nos tribunais, as decisões passaram a conceder às concubinas o direito à indenização por serviços prestados. Assim, quando a união chegava ao fim, a concubina

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 200.

que não tinha condições de prover seu sustento recebia um ressarcimento pelos anos de dedicação ao lar. Sobre o tema, Maria Berenice Dias comenta:

A indenização por serviços domésticos era um subterfúgio – nitidamente depreciativo – era utilizada pela jurisprudência quando as uniões extramatrimoniais não tinham assento constitucional e eram nominadas de concubinato. Assim, em vez de conceder alimentos, fazia-se analogia com o direito do trabalho e indenizava-se o amor como se fosse prestação laboral⁴.

Posteriormente, a jurisprudência foi reconhecendo a existência de uma sociedade de fato entre os conviventes, de modo que os concubinos passaram a ter reconhecido o direito ao patrimônio adquirido pelo esforço comum do casal. Nesse sentido é a Súmula 380, de 03 de abril de 1964, do Supremo Tribunal Federal, que determina que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Também merece destaque a Súmula 382, do Supremo Tribunal Federal, que reconhece que o domicílio em comum não é requisito essencial para a existência de concubinato. Assim, determina a referida Súmula que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

Ressalte-se que neste momento, apesar do avanço legal e jurisprudencial, os concubinos não tinham direito a alimentos, uma vez que a sociedade de fato estava inserida no campo dos direitos das obrigações, não sendo reconhecido como entidade familiar⁵.

1.1.2. A Constituição Federal de 1988

4 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 261.

5 ESPINOSA, Marcello. Evolução Histórica da União Estável. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, v. 01, n. 56, p. 8, junho 2014.

O constituinte elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador de todo o ordenamento jurídico pátrio⁶, desse modo, o indivíduo passou a ser o núcleo de todo o sistema jurídico. Ao elevar o ser humano a esse patamar, “(...) o sentimento ganha espaço como elemento relevante na mesma proporção que o ganha a pessoa. Assim, a modalidade que recebe efetiva tutela é o afeto”⁷.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 conferiu juridicidade a uniões baseadas em vínculos afetivos, reconhecendo expressamente a união estável como entidade familiar, retirando o instituto do campo dos direitos das obrigações ao estabelecer, no § 3º de seu art. 226, que “para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Importante destacar que o constituinte nada fez além de conferir legalidade a um instituto que já existia na sociedade e que, conforme demonstrado, já vinha recebendo atenção do legislador e da jurisprudência⁸.

Cabe ainda ressaltar que, apesar de reconhecer a união estável como entidade familiar, a Constituição não regulamentou o instituto, deixando essa tarefa para o legislador infraconstitucional.

1.1.3. Legislação posterior à Constituição Federal de 1988

6 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

7 CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. 2002. 227 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002, p. 17.

8 ESPINOSA, Marcello. Evolução Histórica da União Estável. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, v. 01, n. 56, p. 9, junho 2014.

A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulou o direito dos conviventes a alimentos e à sucessão, reconhecendo como união estável a relação entre homem e mulher solteiros, separados judicialmente ou viúvos, por mais de cinco anos ou com prole, enquanto não constituíssem nova união.

Em relação aos alimentos, o art 1º *in fine* da lei em comento determina que, para que estes sejam concedidos, deve estar demonstrado que os mesmos são necessários. Ressalte-se que a referida lei apenas estendeu aos companheiros direitos que já eram concedidos aos cônjuges, não havendo inovação.

No tocante ao direito sucessório, a lei em análise dispõe que o companheiro sobrevivente faz jus ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou do casal. Caso o falecido não tenha deixado filhos, mas existam ascendentes, o usufruto será de metade dos bens. Não havendo descendentes nem ascendentes, o companheiro tem direito à totalidade da herança deixada pelo falecido.

Em seu art. 3º, a lei sob comentário ainda garante ao companheiro sobrevivente a meação sobre os bens adquiridos pelos concubinos nos seguintes termos:

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Por sua vez, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, definiu a união estável como “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família”. Como se pode observar, a referida lei não estabeleceu prazo determinado para a existência de união estável.

Em seu art. 5º, que trata do patrimônio dos companheiros, a lei em foco determina que, não havendo estipulação em contrário, os bens móveis e imóveis adquiridos a título oneroso por um ou por ambos os companheiros durante a união estável são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos em

condomínio e em partes iguais, aproximando a união estável do regime da comunhão parcial de bens⁹.

O art. 7º da lei sob análise cuida da assistência material a título de alimentos, determinando que esta será devida por um dos conviventes ao que dela necessitar quando da dissolução da união estável por rescisão.

Todavia, caso a união estável seja dissolvida pelo óbito de um dos conviventes, o parágrafo único do art. 7º concede ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família enquanto este viver ou antes de constituir nova união ou casamento.

Relativamente ao direito real de habitação, este é definido pelo Código Civil vigente como o direito de habitar gratuitamente casa alheia, não podendo alugar ou emprestar a mesma, mas apenas a ocupar.

A lei em comento cuidou ainda, em seu art. 8º, da conversão da união estável em casamento, determinando a possibilidade da mesma ser feita mediante requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Em seu art. 9º, a lei em foco ficou a competência das Varas de Família para dirimir questões relativas à união estável, afastando definitivamente a competência das varas comuns para tratar da matéria.

Atualmente está em vigor a regulamentação dada pelo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que trata da união estável em seu Livro IV (Do Direito de Família), Título III (da União Estável), artigos 1.723 a 1.727.

9 ESPINOSA, Marcello. Evolução Histórica da União Estável. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, v. 01, n. 56, p. 12, junho 2014.

A lei civil define a união estável em seu art. 1.723 como sendo a existente “entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Ressalte-se que o diploma em comento, embora tenha reconhecido o direito dos conviventes a alimentos e à partilha igualitária de bens, concedeu alguns direitos apenas aos cônjuges, “de forma retrógrada e equivocada”, tratando a união estável de modo diferenciado, especialmente no tocante ao direito sucessório, conforme se verá posteriormente¹⁰.

1.2. Características

Conforme visto anteriormente, os elementos caracterizadores de uma união estável, estão dispostos no art. 1.723 do Código Civil. São eles: publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituição de família.

Em relação à publicidade, esta deve ser entendida como o reconhecimento, pela sociedade, daquele casal como entidade familiar. A união, portanto, deve ser notória no meio social dos companheiros.

Devido ao requisito de continuidade da relação, não podem ser reconhecidas como união estável e, portanto, não podem estar no campo do Direito de Família, relações eventuais, circunstâncias.

Embora não mais exista prazo certo para que uma relação seja definida como união estável, ao contrário do que exigia a Lei nº 8.971/94, necessário se faz que o relacionamento tenha durabilidade.

10 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 241.

Quanto ao requisito subjetivo, o objetivo de constituição de família, este pode ser considerado o elemento mais importante para a caracterização da união estável, uma vez que reflete a vontade do casal de formar uma entidade familiar.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho classificam os requisitos expostos até aqui como elementos essenciais, diferenciando-os dos elementos acidentais. Segundo os autores, estes últimos são elementos que, embora não sejam indispensáveis para a caracterização de uma união estável, quando presentes, reforçam o reconhecimento de um relacionamento como entidade familiar. São eles o tempo de convivência, a existência de prole e a coabitação¹¹.

1.3 Impedimentos

O § 1º, do art. 1.723, do Código Civil dispõe que os impedimentos para a constituição de união estável são os mesmos elencados no art. 1.521 do mesmo diploma, que possui a seguinte redação:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹¹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 433.

Entretanto, o art. 1.723, § 1º faz uma ressalva: o inciso VI do dispositivo acima transcrito não se aplicará caso a pessoa casada se encontre separada de fato ou judicialmente.

Cabe comentar que a autora Maria Berenice Dias critica a postura adotada pelo legislador ao estender para a união estável os impedimentos previstos para o casamento¹². A autora aponta que o casamento depende da chancela do Estado para existir e, caso o vínculo matrimonial se constitua, apesar da existência de impedimentos, o casamento é considerado nulo, ou seja, é como se nunca tivesse existido.

Todavia, como a união estável é baseada na convivência e no afeto, não é possível, para a autora, simplesmente negar-lhe a existência caso exista algum impedimento para sua constituição, cabendo ressaltar que tal postura pode gerar enriquecimento ilícito de um dos companheiros em relação ao outro, pois não há, por exemplo, o dever de pagar alimentos.

A autora em comento defende que deveria ser reconhecida a união estável putativa, caso os companheiros tenham agido de boa-fé, tal como ocorre com o casamento, nos termos do art. 1.561, do Código Civil, que dispõe que o casamento que, embora nulo, tenha se constituído de boa-fé, produzirá todos os efeitos jurídicos até que seja desconstituído.

Cabe ressaltar ainda que não existe a previsão de causas suspensivas para a união estável, ao contrário do que ocorre com o casamento, pois o Código Civil, em seu art. 1.523, elenca causas que não invalidam o casamento, mas apresentam-se como penalizadoras, produzindo efeitos patrimoniais. Frise-se que não é possível estender as

12 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 248-250.

causas suspensivas à união estável, pois não cabe limitar direitos quando a lei não o faz¹³.

1.4. Direitos e deveres dos companheiros

Os direitos e deveres dos companheiros estão consagrados no art. 1.724 do Código Civil, que dispõe que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

Por outro lado, o Código Civil, em seu art. 1.566, elenca como deveres das pessoas casadas a fidelidade recíproca, a vida em comum, no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos e o respeito e consideração mútuos.

Conforme se pode observar, a lei civil estabeleceu os deveres de respeito, assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos tanto às pessoas casadas, quanto aos conviventes em união estável.

O dever de respeito mútuo dispensa maiores considerações, uma vez que é pressuposto do próprio vínculo afetivo e deve embasar toda e qualquer relação.

Quanto ao dever de assistência, entende-se que esta deve ser tanto material, no sentido de que um companheiro deve auxiliar ao outro economicamente para garantir sua subsistência, como também espiritual, já que deve haver mútuo apoio emocional entre os companheiros.

O dever de guarda, sustento e educação dos filhos é decorrente do próprio poder familiar, estando mais ligado à maternidade e à paternidade, que não dependem de um

13 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 250.

casamento ou de uma união estável, como bem observado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁴.

Em relação ao dever de lealdade, imposto aos companheiros, alguns autores, como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁵ e Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁶ defendem que este se confunde com o dever de fidelidade, relativo aos cônjuges. Todavia, Maria Berenice Dias¹⁷ e Flávio Tartuce¹⁸ apontam que há diferença entre a lealdade e a fidelidade, afirmando que não há na união estável a obrigação de ser fiel.

Por fim, a grande diferença entre os deveres dos cônjuges e dos companheiros está no dever de coabitação, que é exigido apenas dos primeiros, em consonância com o disposto na já analisada Súmula nº 382, do Supremo Tribunal Federal.

1.5 Efeitos patrimoniais

O Código Civil, em seu art. 1.725, determina que, em relação ao patrimônio, na união estável serão aplicadas, no que couber, as regras concernentes ao regime a

14 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias, volume 6**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 250.

15 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 440.

16 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias, volume 6**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 466.

17 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 251.

18 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 870.

comunhão parcial de bens, salvo se os companheiros optarem por afastar tal regime por meio da celebração de contrato de convivência estipulando regime diverso.

No regime de comunhão parcial de bens, há um condomínio entre o casal de todos os bens adquiridos após a união. A esse condomínio dá-se o nome mancomunhão. Desse modo, existe uma presunção absoluta de que todos os esses bens foram adquiridos pelo esforço comum, não importando no nome de quem o bem esteja, respondendo a meação de cada companheiro por suas dívidas particulares.

Todavia, os arts. 1.659 e 1.661, do Código Civil trazem exceções: bens adquiridos por herança, por doação ou mediante sub-rogação dos bens particulares. Tais bens, ainda que adquiridos após a união, são considerados particulares.

Como consequência do condomínio, um dos companheiros não pode alienar o bem sem o consentimento do outro, ainda que esteja em seu nome, por se tratar de bem comum. Caso a alienação seja feita sem a concordância de um dos condôminos, deve ser respeitado o direito do terceiro adquirente de boa-fé, resguardado o direito do companheiro lesado à indenização, a ser buscada contra o companheiro alienante.

Em seu art. 1.647, o Código Civil estabelece a necessidade de outorga uxória para que pessoas casadas possam alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; prestar fiança ou aval; fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Todavia, a mesma exigência não foi feita aos companheiros, entendendo o Superior Tribunal de Justiça que a obrigatoriedade de outorga uxória não deve ser estendida à união estável¹⁹.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Encargos locatícios. Ausência de outorga uxória do companheiro da fiadora. Recurso Especial n. 1299866 DF (2011/0312256-8). Recorrente: Linea G Empreendimentos de Engenharia Ltda. Recorrido: Carlos Levino Vilanova. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 11 de março de 2014. **Superior Tribunal de Justiça – Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 1481, p. 267-268, mar. 2014. e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Contrato de locação. Ausência de outorga uxória da companheira do fiador. Recurso Especial n. 1265809 DF (2011/0163849-0). Recorrente: Maria Perpétua de Jesus. Recorrido: Irmãos Rodopouilos Ltda. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 05 de junho de 2015. **Superior Tribunal de Justiça – Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 1755, p. 6453-6458, jun. 2015.

Não obstante o posicionamento do STJ, a lei civil impõe a exigência de outorga uxória a todo e qualquer regime de bens, com exceção do regime de separação total, portanto, não é possível afastar a mesma da união estável, devendo, portanto, ser aplicada a Súmula nº 332 do Superior Tribunal de Justiça, que determina a ineficácia da fiança prestada sem a autorização de um dos cônjuges²⁰.

No tocante à penhora, o art. 842, do Código de Processo Civil prevê que, sempre que esta recair sobre bens imóveis, o cônjuge do executado será também intimado, exceto em caso de regime de separação absoluta dos bens. Já o art. 843, caput, do referido diploma dispõe que “tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem”. As exigências feitas ao cônjuge em relação ao instituto em comento se estendem aos companheiros²¹.

No que se refere aos bens móveis, presume-se que estes foram adquiridos durante a relação, salvo se houver prova do contrário, conforme inteligência do art. 1.662, do Código Civil.

Ainda sobre os efeitos patrimoniais da união estável, cabe comentar que o Código Civil, em seu art. 1.641, II, impõe o regime da separação absoluta de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos. Embora não caiba interpretação analógica ou extensiva em normas de caráter restritivo, o Superior Tribunal de Justiça estendeu a mencionada limitação aos companheiros²².

20 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 254.

21 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 254.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Família. Separação obrigatória de bens para companheiro sexagenário. Recurso Especial n. 646259 (2004/0032153-9). Recorrente: C A M M B – Espólio. Recorrido: E V. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 de junho de 2010. **Superior Tribunal de Justiça – Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 639, p. 475-476, ago. 2010.

2. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL

2.1. O direito sucessório do cônjuge

2.1.1. Da inserção do cônjuge no rol de herdeiros necessários

O Código Civil de 1916 não dava ao cônjuge a condição de herdeiro necessário, dispondo, em seu art. 1.725, que “para excluir da sucessão os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar”. Além disso, o cônjuge ocupava a terceira posição na ordem de vocação hereditária, herdando apenas na ausência de descendentes e ascendentes do falecido.

O Código Civil de 2002 avançou ao elevar o cônjuge à posição de herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes do *de cujus*, em seu art. 1.845. Dessa forma, o cônjuge sobrevivente passou a ter direito à legítima, que corresponde à metade da herança líquida deixada pelo falecido, metade essa que é reservada aos herdeiros necessários, não podendo o autor da herança dispor da mesma em testamento.

Sobre a legítima, Zeno Veloso diz que “a legítima é uma figura construída com base em regras jurídicas, éticas, morais, econômicas, considerando sobretudo a necessidade de preservar e defender os interesses da família”²³.

Além de conferir ao cônjuge sobrevivente a condição de herdeiro necessário, garantindo-lhe o direito à legítima, o Código Civil de 2002 ainda deu a ele posição privilegiada na ordem de vocação hereditária, já que com o diploma atual o cônjuge herda em concorrência com os descendentes, com os ascendentes e, na ausência destes, herda sozinho, conforme art. 1.829 da lei em comento, que possui a seguinte redação:

23 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 26.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

O tratamento dado ao cônjuge pelo Código Civil atual, no que tange ao direito sucessório, é considerado um grande avanço para muitos autores. Todavia, existem doutrinadores que despendem duras críticas à forma como o assunto foi tratado. Nesse sentido é o posicionamento de Silvio Venosa:

Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desespero para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas são as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei está vigente. Que a apliquem de forma mais justa possível nossos tribunais! ²⁴

2.1.2. Concorrência com os descendentes

Na ordem de vocação hereditária, os descendentes figuram em primeiro lugar, em concorrência com o cônjuge, conforme previsto no inciso I, do art. 1.829, do Código Civil, que dispõe ainda que a concorrência do cônjuge dependerá do regime de bens.

24 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 135-136.

Em relação ao regime de bens, o Código Civil prevê que o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes se com o *de cujus* fosse casado sob o regime de comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória de bens, ou, ainda, se sob o regime de comunhão parcial de bens e o falecido houvesse deixado apenas bens comuns.

No tocante ao regime de comunhão universal de bens, claro está que o legislador afastou o cônjuge sobrevivente da concorrência com os descendentes por entender que ele está amparado por sua meação. Em relação à meação, oportuno se faz esclarecer que ela não se confunde com a herança. Nas palavras de Zeno Veloso:

A meação é figura do regime de bens, decorre dos regimes chamados comunitários: da comunhão parcial, da comunhão universal (CC, arts. 1.658, 1.660, 1.662, 1.667). A meação não integra o direito sucessório pois preexiste à morte, pertence ao cônjuge por direito próprio, é efeito do regime de bens do casamento. O cônjuge meeiro já é titular da metade ideal dos bens, já é meeiro e não se torna meeiro porque o outro morreu; a viúva (ou o viúvo) pode ser meeira e não ser herdeira – ser herdeira sem ser meeira, e pode ser meeira e herdeira, vai depender do caso²⁵.

Quanto ao regime de separação obrigatória de bens, não seria plausível o cônjuge sobrevivente herdar em concorrência com os descendentes, já que representaria uma transgressão do regime imposto pela própria lei²⁶.

Em relação ao regime da comunhão parcial de bens, o Código Civil prevê que o cônjuge sobrevivente não herdará em concorrência com os herdeiros se o falecido não deixou bens particulares, uma vez que já é meeiro dos bens comuns.

25 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 42-43.

26 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 135-138.

Caso o *de cujus* tenha deixado bens particulares, o cônjuge será herdeiro apenas desses bens, não figurando como herdeiro em relação aos bens comuns. Esse entendimento está de acordo com o Enunciado nº 270, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que possui a seguinte redação:

Art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Ressalte-se que, embora esse seja o entendimento mais plausível, parte da doutrina entende que, tendo o falecido deixado bens particulares, a herança do cônjuge sobrevivente alcança os bens comuns, tendo em vista a indivisibilidade da herança²⁷.

Ainda sobre a concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança, o art. 1.832, do Código Civil assim dispõe:

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Desse modo, ao concorrer com descendentes do falecido, o cônjuge não receberá menos que a quarta parte da herança, desde que os demais herdeiros sejam também seus descendentes. Caso sejam descendentes apenas do *de cujus*, não há que se falar nesse limite.

A dúvida aparece quando existem descendentes comuns entre o cônjuge sobrevivente e o falecido, mas também descendentes apenas do autor da herança. Nesse

27 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 22. ed. v. 6 São Paulo: Saraiva, 2008, p. 122.

caso, Sílvio Venosa²⁸ aponta a existência de três posicionamentos divergentes por parte da doutrina.

O primeiro entendimento, defendido por Sílvio de Salvo Venosa, é que, diante dessa situação, o mais correto é garantir ao cônjuge a reserva da quarta parte da herança, uma vez que não pode um intérprete fazer uma distinção que não foi feita pela lei.

Um segundo posicionamento é no sentido de dividir a herança igualmente, sem que se reserve a quarta parte do montante a ser herdado para o cônjuge sobrevivente.

Por fim, uma terceira corrente defende que, nesses casos, a solução seria dividir a herança em duas metades. Uma das metades seria dividida entre o cônjuge os descendentes comuns, sendo feita a reserva de quarta parte. Já a outra metade seria repartida entre o cônjuge e os descendentes somente do autor da herança, não cabendo a reserva de quarta parte da herança.

Sobre a omissão do legislador em relação a essa hipótese, Sílvio Venosa diz que “a desídia do legislador trouxe insegurança social, que poderia ter sido facilmente evitada, o que possibilitará decisões disparatadas”²⁹.

2.1.3. Concorrência com os ascendentes

Na ausência de descendentes, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os ascendentes do de cujus, cabendo ressaltar que nessa hipótese o cônjuge herdará qualquer que seja o regime de bens.

Caso concorra com ambos os ascendentes de primeiro grau, o cônjuge terá direito a um terço da herança. Concorrendo com apenas um ascendente de primeiro grau, ou

28 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138-139.

29 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 139.

apenas com ascendentes de graus maiores, caberá ao cônjuge metade da herança. É o que se depreende do art. 1.838, do Código Civil.

Ressalte-se que, na ausência de descendentes e ascendentes, ao cônjuge caberá a totalidade da herança, conforme previsto no Código Civil, art. 1.829, III.

2.1.4. Legitimidade do cônjuge para suceder

Para que o cônjuge sobrevivente possa suceder, necessário se faz o preenchimento dos seguintes requisitos: casamento válido, não estar separado judicialmente, não estar separado de fato há mais de dois anos, salvo se a separação não houver ocorrido por culpa sua. Esses pressupostos encontram-se previstos no art. 1.830, do Código Civil.

Em relação à exigência de casamento válido, cabe ressaltar que um casamento nulo poderá ensejar a sucessão do cônjuge, desde que o mesmo tenha sido contraído de boa-fé. É o chamado casamento putativo, que encontra respaldo no art. 1.561, do Código Civil, já mencionado em momento anterior.

A separação judicial, ainda que pendente de recurso, é o bastante para excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão do outro³⁰. O mesmo não ocorre com a separação de fato, que só exclui o cônjuge supérstite da sucessão se tiver ocorrido há mais de dois anos anteriores ao óbito e por culpa deste.

Conforme visto, os demais herdeiros podem provar que o cônjuge não possui legitimidade para suceder. Nesses casos, a prova deverá ser apresentada em ação autônoma, suspendendo-se o inventário.

2.2. O direito sucessório do companheiro

30 GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 66.

Conforme visto em momento anterior, a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar a partir da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, regulamentando o previsto no texto constitucional, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 94 previu o direito sucessório dos companheiros, determinando que ao companheiro sobrevivente caberia a totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes, ficando os colaterais excluídos da sucessão. Após, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, estabeleceu o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente.

As mencionadas leis foram revogadas pelo Código Civil de 2002, sendo aplicadas apenas aos óbitos ocorridos até 11 de janeiro de 2003, ou seja, antes da vigência do novo diploma.

O Código Civil atual regula o direito sucessório em seu art. 1.790, que possui a seguinte redação:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Uma das críticas feitas ao dispositivo acima transcrito diz respeito à sua localização, chamada por Zeno Veloso de “topografia ilógica”³¹. Existe o entendimento

31 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 166.

que a sucessão dos companheiros deveria estar localizada no capítulo que trata da ordem da sucessão hereditária e não no capítulo denominado “Disposições Gerais”.

Antes de adentrar na previsão do dispositivo em comento, é importante ressaltar que, para que o companheiro sobrevivente possua legitimidade para suceder, necessário se faz que a união estável tenha perdurado até a data do óbito, não importando se a separação se deu por culpa do companheiro sobrevivente ou não, ao contrário do que ocorre com o cônjuge separado de fato.

Conforme se depreende do dispositivo transcrito acima, a sucessão do companheiro sobrevivente alcança apenas os bens adquiridos pelo *de cujus* de forma onerosa na constância da união estável, excluindo, portanto, os bens que o falecido já possuía, bem como os adquiridos por meio gratuito. Ressalta-se que o companheiro sobrevivente já é meeiro nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, conforme previsto no art. 1.725, do Código Civil, já citado em momento anterior. Sobre o tema, Zeno Veloso diz:

Essa restrição da incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cujus* na vigência da união estável não tem nenhuma razão, quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma se este não adquiriu (onerosamente!) outros bens durante o tempo da convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada, a não ser que o falecido, vencendo as superstições que rodeiam o assunto, tivesse feito um testamento que a beneficiasse.³²

2.2.1. Concorrência com outros herdeiros

32 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 173.

Conforme visto acima, ao concorrer com filhos comuns, o companheiro terá direito a quinhão equivalente ao de cada filho. Ou seja, a herança será repartida igualmente entre o companheiro sobrevivente e seus filhos.

Registre-se que no inciso I, do art. 1.790, do Código Civil, o legislador usou a expressão “filhos comuns”, ao invés de adotar a expressão “descendentes comuns”, como foi feito no inciso II do mesmo artigo, que trata da concorrência do companheiro com os descendentes do autor da herança, apenas. Entendendo que o legislador se equivocou nesse ponto, caso exista a concorrência entre o companheiro sobrevivente e descendentes comuns, que não sejam filhos, a herança será repartida igualmente entre todos. Todavia, caso seja acatada a limitação do legislador, concorrendo o companheiro com descendentes comuns a partir do segundo grau, aplica-se o disposto no inciso III do artigo em comento, ficando o companheiro com um terço da herança³³.

Concorrendo o companheiro com descendentes apenas do autor da herança, caberá a ele a metade do que couber a cada um dos demais herdeiros. Ressalte-se que não há previsão de concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes comuns e apenas do autor da herança, simultaneamente. Diante da omissão do legislador, Sílvio Venosa defende que, havendo descendentes comuns e descendentes só do autor da herança, todos os descendentes, bem como o companheiro sobrevivente, devem receber quinhões iguais da herança³⁴. Por outro lado, Orlando Gomes entende que nesse caso deveria ser aplicado o previsto no inciso III, do art. 1.790, pois tal dispositivo “destina-se aos casos de concorrência com outros parentes suscetíveis, onde se pode incluir as situações não previstas pelo legislador”³⁵.

33 GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 70.

34 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 153.

35 GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 70-71.

Na ausência de descendentes, mas havendo outros parentes sucessíveis, ou seja, ascendentes, ou, na falta destes, colaterais, cabe ao companheiro um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Clara está a desvantagem do companheiro, nesse ponto, em relação ao cônjuge. Isso porque, conforme já visto, ao concorrer com apenas um ascendente de primeiro grau, ou com mais ascendentes de grau maior, ao cônjuge cabe metade da herança. Além disso, não havendo descendentes nem ascendentes, ao cônjuge cabe a totalidade da herança, afastando possíveis colaterais da sucessão.

Ressalte-se que, como já mencionado, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 94 concedia ao companheiro, na ausência de descendentes e ascendentes, a totalidade da herança. Sobre o tratamento dado pelo Código Civil ao companheiro, nesse ponto, Zeno Veloso diz:

Nada pode justificar, ninguém consegue justificar esse recuo, essa involução ocorrida no Código Civil vigente, fazendo o companheiro concorrer com colaterais até o 4º grau do *de cujus*, e em situação francamente inferior à destes, o que, não se pode deixar de dizer, é uma situação anacrônica, antiliberal, além de atrasada e regressista³⁶.

Não existindo herdeiros sucessíveis, ao companheiro cabe a totalidade da herança deixada pelo *de cujus*, não importando se os bens foram adquiridos de forma onerosa e na constância da união estável ou não, uma vez que o art. 1.844, do Código Civil prevê que a herança não será entregue ao poder público se houver companheiro vivo.

Registre-se que o companheiro não consta no rol de herdeiros necessários, disposto no art. 1.845, do Código Civil, portanto, pode ser excluído da herança por ato de última vontade do falecido.

2.3. Direito real de habitação

36 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 180.

O Código Civil, em seu art. 1.831, garante ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família, independentemente do regime de bens, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

No Código Civil anterior, o direito real de habitação também foi concedido ao cônjuge sobrevivente. Todavia, ao contrário do que ocorre com a legislação atual, o regime de bens era relevante, pois referido direito só era concedido em caso de regime de comunhão universal de bens. Além disso, o cônjuge só possuía tal direito enquanto permanecesse viúvo, já a nova lei não trouxe essa limitação.

Em relação ao companheiro, já foi visto que a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996 concedeu ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação. Todavia, o Código Civil somente mencionou o direito real de habitação ao cônjuge, não mencionando o mesmo direito ao companheiro. Para Maria Berenice Dias, o silêncio do legislador não pode privar o companheiro sobrevivente do direito em comento:

O cochilo da lei, no entanto, não permite afastar o direito do companheiro de permanecer na posse do bem que servia de residência à família. Dois fundamentos autorizam sua concessão. O primeiro deles é de ordem constitucional. Reconhecidos o casamento e a união estável como entidades familiares merecedoras da especial proteção do Estado (CF 226 § 3.º), não se justifica tratamento diferenciado em sede infraconstitucional. Descabe distinguir ou limitar direito quando a Constituição não o faz. Fora isso, a lei que regulou a união estável expressamente assegura o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente (L 9.278/1996 7.º). Deste modo, a omissão do Código Civil não significa que foi revogado o dispositivo que estendeu ao companheiro o mesmo direito concedido ao cônjuge. São normas que não se incompatibilizam.³⁷

37 DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 78.

Os tribunais brasileiros também entendem que o companheiro ainda possui o direito real de habitação. Nesse sentido é a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. SUCESSAO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.

1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.
2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB).
3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade.
4. Recurso improvido.³⁸

Entretanto, embora se conceda o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, este só mantém tal direito enquanto não se casar ou constituir nova união estável, conforme determina a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.

Conforme já mencionado, um dos requisitos para que o cônjuge ou o companheiro faça jus ao direito real de habitação é a existência de um único imóvel destinado à residência da família. Para Maria Berenice Dias, essa limitação não faz sentido, uma vez

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cível. Direito sucessório. Direito real de habitação do companheiro. Recurso especial nº 1.156.744 - MG (2009/0175897-8). Recorrente: JP – Espólio. Recorrido M A A. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, DF, 09 de outubro de 2012. **Superior Tribunal de Justiça – Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 1156, out. 2012.

que o Código Civil, em seu art. 71, garante a possibilidade da pessoa natural possuir mais de uma residência, podendo qualquer uma delas ser considerada seu domicílio³⁹.

Por fim, cabe destacar que apenas pode existir direito real de habitação sobre bem pertencente ao *de cujus*. Desse modo, caso o imóvel em que o casal resida pertença a outrem, não é garantido ao cônjuge ou companheiro sobrevivente o direito de lá permanecer.

2.4. Diferenças no tratamento dado ao cônjuge e ao companheiro pelo Código Civil, em relação aos direitos sucessórios

Para melhor elucidar a diferenciação feita pelo Código Civil ao tratar da sucessão do cônjuge e do companheiro, segue uma tabela comparativa:

	CÔNJUGE	COMPANHEIRO
É herdeiro necessário?	Sim – art. 1.845, CC	Não
Concorrência com descendentes	Depende do regime de bens. Herdando em concorrência com descendentes, nunca fica com quinhão menor que estes – art. 1.829, CC	Se concorrer com filhos comuns, cabe-lhe quinhão igual ao dos demais herdeiros – art. 1.790, I, CC Concorrendo com descendentes apenas do autor da herança, fica com quinhão correspondente à metade dos demais herdeiros – art. 1.790, II, CC
Reserva de ¼ da herança	Faz jus, se concorrer com	Não faz jus

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

	descendentes comuns – art. 1.832, CC	
Concorrência com ascendentes	Concorrendo com os dois ascendentes de 1º grau, tem direito à 1/3 da herança. Se concorrer com apenas um ascendente de 1º grau, ou com ascendentes de graus maiores, faz jus a metade da herança – art. 1.838, CC	Na concorrência com ascendentes, sempre faz jus a apenas 1/3 da herança – art. 1.790, III, CC
Concorrência com parentes colaterais até o 4º grau	Na ausência de descendentes e ascendentes, tem direito à totalidade da herança, excluindo os parentes colaterais – art. 1.829, III, CC	Faz jus a 1/3 da herança – art. 1.790, CC
Direito real de habitação	Aplica-se o disposto no art. 1.831, CC, sendo um direito vitalício	Não tendo o Código Civil previsto o direito real de habitação ao companheiro, a doutrina e a jurisprudência entendem que se aplica o art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.278/96, que garante ao companheiro tal direito, até que constitua nova união ou se case

2.5. Concorrência entre cônjuge e companheiro

O Código Civil, em seu art. 1.723, § 1º, estabelece a possibilidade constituição de união estável por pessoa casada, mas separada de fato ou judicialmente. Combinando tal dispositivo com o art. 1.830, que dispõe que é possível que o cônjuge sobrevivente poderá herdar, ainda que separado de fato, desde que a separação tenha se dado há menos de dois anos, salvo prova de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, caso em que não importa o lapso temporal entre a separação de fato e a morte do autor da herança, é possível concluir que existe a possibilidade de cônjuge e companheiro herdarem de forma concorrente.

Sobre o assunto, não existe consenso na doutrina sobre como a divisão da herança deveria ser feita entre o cônjuge supérstite e o companheiro sobrevivente.

Para Euclides de Oliveira, uma vez que o Código Civil não dispõe sobre como deve ser feita a divisão da herança em hipótese de concorrência entre cônjuge e companheiro, o mais correto é a partilha ser feita meio a meio, com ambos ficando com quinhões iguais.⁴⁰

Já na opinião de Mario Luiz Delgado Regis, deve o companheiro herdar nos bens adquiridos durante a união estável, devendo o cônjuge herdar nos bens adquiridos antes de iniciada a convivência do companheiro com o autor da herança.⁴¹

Por sua vez, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes entendem que, uma vez que o autor da herança constituiu união estável, seu cônjuge deve ser excluído da sucessão, ainda que esteja separado de fato há menos de dois anos ou que a separação não tenha se dado por culpa sua, afastando, portanto, a incidência do art. 1.830, do Código Civil. Segundo os autores:

40 OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança – a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 180.

41 RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 29, p. 219, Abr-Maio/2005.

Existe um conflito entre as normas, na medida em que duas pessoas, pela análise fria dos textos, seriam titulares da mesma herança. Para a convivência, caracterizada a união estável, há que se prestigiar o companheiro viúvo, em detrimento do cônjuge, integrante formal de matrimônio falido, apenas subsistente no registro civil.⁴²

Christiano Cassettari também segue essa linha de pensamento, ressaltando, ainda, que a meação do cônjuge está resguardada:

O cônjuge receberá a sua meação até a ocorrência da separação de fato. O companheiro, a sua meação do período compreendido entre a separação de fato e a morte do companheiro. Mas, com relação à herança, esta será dividida somente entre parentes do falecido em concorrência com o companheiro sobrevivente, pessoa escolhida pelo morto para constituir o relacionamento afetivo, de acordo com as regras do art. 1.790 do CC.⁴³

José Luiz Gavião de Almeida, entendendo pela possibilidade de concorrerem cônjuge e companheiro na sucessão, estabelece o quinhão que acredita ser correspondente a cada um, a depender da situação:

Se houver filhos apenas do cônjuge, este recolhe quota igual à dos descendentes; e, o companheiro, metade desse valor. Se existirem filhos do companheiro sobrevivente, a este cabe quota igual à dos filhos e do cônjuge sobrevivente, cujo montante patrimonial não pode ser menor que um quarto da herança. Se concorrerem apenas o cônjuge e o companheiro, este deve recolher apenas um terço dos bens conseguidos durante a sociedade familiar da qual participou. Embora a lei fale nesse direito apenas na concorrência com outros 'parentes sucessíveis' e embora o cônjuge não seja parente, melhor é essa solução. Se na concorrência com quem recebe em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, essa é a solução legal, outra não poderia ser

42 CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187.

43 CASSETTARI, Christiano. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes (Coord.). **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 105

a solução se a concorrência se dá com quem recolhe a herança por estar na terceira posição.⁴⁴

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, deve haver o chamamento do cônjuge separado de fato há menos de dois anos, ou por tempo maior, se não houver culpa deste, e do companheiro, para herdarem em igualdade de condições em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Entretanto, em relação aos demais bens, somente o cônjuge deve ser chamado para suceder. Para o autor, tal conclusão é possível a partir de uma interpretação sistemática e harmônica dos arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.830 e 1.838, todos do Código Civil.⁴⁵

Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão, a herança deixada pelo falecido deve ser dividida em dois montes. O primeiro monte corresponde aos bens adquiridos durante a constância fática do casamento e, em relação a tais bens, somente o cônjuge tem direito de herdar. O segundo monte é composto pelos bens adquiridos durante a união estável. Esses bens, por sua vez, se dividem entre os bens adquiridos onerosamente, que só o companheiro tem direito a herdar, e os bens adquiridos por meio de qualquer outro título, sobre os quais somente o cônjuge tem direito sucessório.⁴⁶

Considerando a possibilidade de cônjuge e companheiro concorrerem na sucessão, surge ainda a dúvida sobre quem fará jus ao direito real de habitação, se cabível. Na opinião de Eduardo Oliveira Leite, a solução é simples: caso o imóvel tenha sido adquirido na constância fática do casamento, o direito real de habitação caberá ao cônjuge, entretanto, se adquirido na constância da união estável, o companheiro fará jus ao direito de habitação.

44 ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil Comentado**. v. 18. São Paulo: Atlas, 2003, p. 217.

45 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 112.

46 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil, v. 6: direito das sucessões**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013, p. 236-237.

Como é possível perceber, a questão é complicada, como bem observado por Zeno Veloso:

Já se vê, pelo tamanho da controvérsia, a multiplicidade de opiniões, a autoridade dos autores que a manifestam, que estamos longe de ter a completa elucidação do problema, que, no momento presente, está impregnado de perplexidade, confusão. Só a jurisprudência, mansa e pacífica, é que dará a palavra final.⁴⁷

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Conforme foi possível observar, o Código Civil de 2002 deu tratamento bastante desigual ao cônjuge e ao companheiro, no que diz respeito ao direito sucessório. Com isso, a constitucionalidade do art. 1.790 frequentemente é questionada pela doutrina e pela jurisprudência.

Um dos autores a defender a tese da inconstitucionalidade da norma é Zeno Veloso. Nas palavras do jurista:

Ao longo desta exposição, e diversas vezes, mencionei que a sucessão dos companheiros foi regulada de maneira lastimável, incidindo na eiva da inconstitucionalidade, violando princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da não discriminação.⁴⁸

Existem alguns autores, como Flávio Tartuce⁴⁹, que entendem que o artigo em comento é inconstitucional apenas em seu inciso III, que dispõe que cabe ao

47 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 97.

48 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 181.

companheiro apenas 1/3 da herança quando concorrer com ascendentes ou colaterais até o quarto grau.

Todavia, há ainda o entendimento pela constitucionalidade do artigo em comento, uma vez que, segundo essa tese, ele se coaduna com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que deixa claro que casamento e união estável são dois institutos diferentes. Segundo esse entendimento, portanto, a Constituição Federal, embora tenha reconhecido a união estável como entidade familiar merecedora de proteção do Estado, não a equiparou ao casamento. Nesse sentido:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE ARGUIDO NO AGRAVO REGIMENTAL - ORFAOS E SUCESSÕES DE VITÓRIA - REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE HABILITOU OS SOBRINHOS DO DE CUJUS COMO HERDEIROS NOS AUTOS DO INVENTÁRIO - PRELIMINAR DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PREVISTA NO ART. 1829 DO CC - DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL - CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL - SITUAÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS - ARTIGO 226, 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

É cediço que a lei goza da presunção de constitucionalidade, e somente a afronta patente a norma ou princípio constitucional poderá acarretar o reconhecimento, *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade desse ou daquele artigo. A Constituição não equiparou união estável ao casamento e, admitindo-se a não-equivalência, conclui-se que ao legislador ordinário é facultado tratar diferentemente os dois institutos. Normas regulatórias embora diferenciadas, desde que orientadas pelo sentido de proteção à família são, por certo, constitucionais. Também o é o artigo do Código Civil, por que não afrontou, ao meu sentir, o texto constitucional. Não houve, em termos de direito hereditário, arbitrariedade acerca do status sucessório do convivente supérstite, na verdade o legislador tratou diferentemente situações distintas - casamento e união estável. A Constituição Federal no artigo 226 e

49 TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro. O polêmico art. 1.790 do código civil e suas controvérsias principais. **Jusbrasil**. Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820016/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1790-do-codigo-civil-e-suas-controversias-principais>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

seu parágrafo 3º garante especial proteção do Estado à família, reconhecendo o instituto da união estável. Contudo não afirma o legislador constitucional que a constituição da família sob a forma de casamento ou mediante união estável é exatamente a mesma situação. Portanto, declaro a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. (...)⁵⁰

3.1. Equiparação constitucional

Como já visto, a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, garantindo-lhe especial proteção estatal. Com isso, muito se discute se a carta magna teria ou não equiparado união estável e casamento.

Para Maria Berenice Dias, a Constituição Federal equiparou união estável e casamento. Nas palavras da autora:

Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela uma escala de prioridade. Ao criar a categoria de entidade familiar, a Constituição acabou por reconhecer juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo de afetividade.⁵¹

Todavia, há na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de que a Constituição Federal não pretendeu equiparar os dois institutos, tanto que prevê o dever da lei em facilitar a conversão da união estável em casamento. Tal previsão abre

50 BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Cível. Direito sucessório. Constitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil. Incidente de inconstitucionalidade em agravo de instrumento nº 24099165979. Requerente: Angela Daniel de Carvalho. Relator: Adalto Dias Tristão. Espírito Santo, 30 de setembro de 2011. **Diário da Justiça – Órgão oficial do poder judiciário do Estado do Espírito Santo**, Espírito Santo, n. 4127, out. 2011.

51 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 239-240.

margem para que muitos considerem que existe uma relação de hierarquia entre união estável e casamento, estando este acima daquela. Nesse sentido:

União Estável - Direito sucessório Vantagens e desvantagens dos cônjuges e companheiros segundo a disciplina do novo Código Civil - Participação do cônjuge, em concorrência com os descendentes, na sucessão dos bens particulares do "de cujus" e sua exclusão da herança no que tange aos bens comuns, dos quais recebe apenas a meação que sempre lhe pertenceu Situação exatamente inversa na sucessão do companheiro - Regra do artigo 1790 do Código Civil que, entretanto, não se considera inconstitucional, pois, na comparação global dos direitos concedidos a uns e outros pelo novo Código Civil, a conclusão é a de que o cônjuge restou mais beneficiado, não havendo assim ofensa ao artigo 226 § 3º da Carta Magna - Reconhecimento, no presente processo, do direito da agravante de concorrer com a filha do falecido na partilha da meação ideal pertencente ao mesmo no imóvel adquirido onerosamente durante a união estável - Direito real de habitação também reconhecido à agravante, em face da regra do artigo 7º § único da lei n.9278/96 não revogada pelo novo estatuto de direito privado - Recurso provido em parte.⁵²

Sobre o tema, Anderson Schreiber⁵³ pondera que a união estável se distingue do casamento no tocante à exigência da chancela do Estado, entretanto, deve se equiparar a este no que diz respeito aos direitos dos companheiros. Desse modo, uma vez que a união estável surge de forma espontânea e independentemente do reconhecimento do Estado, é necessário que os dois institutos recebam tratamento diferenciado nesse ponto. Todavia, como a união estável foi reconhecida pela lei maior como entidade familiar digna de proteção estatal, os direitos dos companheiros devem ser garantidos.

52 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Cível. Direito sucessório. Constitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil. Agravo de instrumento nº 589.196-4/4. Agravante: Elza Sorage de Oliveira. Agravado: Cristina Aparecida Monteiro. Relator: Morato de Andrade. São Paulo, 03 de fevereiro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico de São Paulo**, São Paulo, n. 420, fev. 2009.

53 SCHREIBER, Anderson. União estável e casamento: uma equiparação? **Carta Forense**. São Paulo, 02 mai. 2017. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

O autor ressalta que, embora não exista hierarquia entre a união estável e o casamento, não existe plena equiparação entre os institutos. Segundo o jurista, a solução é buscar quais consequências jurídicas decorrem da chancela estatal e quais decorrem do convívio familiar. Assim, enquanto as primeiras não poderão ser aplicadas à união estável, que é norteadada pela informalidade, as segundas deverão ser comuns a ambas as modalidades de família. Aplicando esse raciocínio ao direito sucessório dos companheiros, o autor diz:

É sob essa ótica que se deve examinar a sucessão do companheiro. Ora, qual a razão para que a lei diferencie o companheiro do cônjuge em relação aos seus direitos sucessórios? O cônjuge herda não porque tenha havido prévia chancela do Estado à sua relação familiar, mas porque conviveu familiarmente com o de cujus. E tal convivência familiar existe de igual modo na união estável. Assim, não há razão legítima para que o legislador diferencie o cônjuge do companheiro em relação ao seu quantum hereditário. O mesmo vale, registre-se, para a quota mínima de um quarto prevista no artigo 1.832, bem como para o direito real de habitação (art. 1.831). São direitos que encontram sua ratio no convívio familiar, não havendo razão para que sejam atribuídos apenas ao cônjuge, e não ao companheiro.

3.2. O princípio da igualdade

O princípio da isonomia está presente no caput do art. 5º, da Constituição Federal, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Desse modo, é possível notar que a carta magna repudia qualquer tipo de discriminação.

O princípio da igualdade possui dois aspectos: igualdade formal e igualdade material. No sentido formal, o princípio da isonomia determina que todos devem ser iguais em direito, ou seja, a lei deve ser igualmente aplicada a todos, sem considerar as diferenças existentes entre os indivíduos. Já o aspecto material traz a ideia de que os iguais devem ser igualmente tratados, todavia, os desiguais devem receber tratamento diferenciado, buscando, assim, reduzir essas desigualdades.

Nesse sentido, é a lição de Hans Kelsen:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.⁵⁴

Em relação à união estável, dispõe o Enunciado 03 do Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM que “em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional o tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro”.

Desse modo há o entendimento no sentido de que o tratamento desigual dado pelo Código Civil aos cônjuges e companheiros, em relação aos direitos sucessórios, é inconstitucional, pois fere o princípio da isonomia. Para Maria Berenice Dias, os tribunais brasileiros deveriam deixar de aplicar o art. 1.790, do Código Civil, por entender que o tratamento dado ao companheiro é discriminatório e, portanto, inconstitucional:

O tratamento diferenciado inegavelmente afronta o princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial. Até que seja corrigido este equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem especial proteção do Estado. A jurisprudência de alguns Estados

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 99.

vem se inclinando neste sentido, mas é necessário a manifestação dos tribunais superiores.⁵⁵

Seguindo essa linha de raciocínio, existem tribunais que afastam a incidência do art. 1.790, do Código Civil, devido ao tratamento diferenciado conferido ao cônjuge e ao companheiro. Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO E PARTILHA. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 1.790, III, DO CC, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO COMPANHEIRO E AO CÔNJUGE. INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. COMPANHEIRA TEM DIREITO A TOTALIDADE DOS BENS DO DE CUJUS, EM NÃO HAVENDO ASCENDENTES E DESCENDENTES. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS COLATERAIS. RECURSO PROVIDO.⁵⁶

Conforme foi possível observar, tanto da doutrina quanto na jurisprudência existe o entendimento de que o tratamento claramente desigual dado ao cônjuge e ao companheiro pelo Código Civil, no que diz respeito ao direito sucessório, é inconstitucional por ofender o princípio da igualdade.

3.3. O princípio da afetividade

Como já visto, durante muito tempo as famílias não constituídas pelo vínculo matrimonial não eram reconhecidas como entidades familiares pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, a Constituição Federal de 1988 expressamente garantiu à união estável especial proteção do Estado, dando-lhe o status de entidade familiar. Com

55 DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 78.

56 BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Cível. Direito sucessório. Inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil. Agravo de instrumento nº 1186890-5. Agravante: Marilene Cavalli. Agravado: Neuza Borba Costa. Relator: Mário Helton Jorge. Paraná, 28 de maio de 2014. **Diário Eletrônico do Tribunal de Justiça do Paraná**, Paraná, n. 1360, p. 259. jun. 2014.

isso, a carta magna ampliou o conceito de família, conferindo, assim, grande importância à afetividade.

Posteriormente, a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, amplamente conhecida como Lei Maria da Penha, criada com o objetivo de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, trouxe, em seu art. 5º, II, uma inovação no conceito de família, definindo-a como a “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Para Flávio Tartuce, a afetividade é, sem dúvida, um princípio jurídico, aplicado ao âmbito familiar. O autor aponta três consequências importantes do referido princípio: o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, a reparação de danos decorrentes de abandono afetivo e o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como forma de parentesco.⁵⁷

Paulo Lôbo concorda que a afetividade constitui princípio jurídico e o conceitua da seguinte forma:

(...) é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.⁵⁸

57 TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. **Jusbrasil**. Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

58 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70-71.

Portanto, segundo o princípio da afetividade, a base de uma família são as relações de afeto, que devem ter primazia sobre questões patrimoniais ou biológicas. Existe, portanto, um novo modelo de família, na qual o principal objetivo é a busca pela felicidade de cada um de seus membros, ou seja, atualmente prevalece a concepção eudemonista de família.⁵⁹

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o agravo de instrumento nº 0014366-25.2012.8.19.0000, afastou a aplicação do art. 1.790, do Código Civil, por entender que este faz com que relações de parentesco prevaleçam sobre as de afetividade, o que atinge a dignidade da pessoa humana:

Direito Sucessório. Decisão que deferiu a habilitação dos colaterais na sucessão do falecido. Insurgência da companheira. Sucessão da companheira. Aplicação do art. 1790 do Código Civil à sucessão da companheira. Impossibilidade. Princípio da igualdade. O art. 226, § 3º, da Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento, reconhecendo-a como instituição familiar. Arguição de inconstitucionalidade no Órgão Especial acolhendo o incidente para declarar a inconstitucionalidade do art. 1790, III do Código Civil. "Arguição de inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000 Des. Bernardo Moreira Garcez Neto Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a "nova família". Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos. Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário.⁶⁰

59 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

Portanto, considerando o princípio da afetividade, é possível afirmar que o art. 1.790, do Código Civil é inconstitucional, uma vez que põe o companheiro em situação inferior aos ascendentes e outros parentes sucessíveis do autor da herança, privilegiando, portanto, vínculos biológicos em detrimento de vínculos afetivos.

3.4. O princípio da vedação ao retrocesso

Conforme já demonstrado, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, estabeleceu que o companheiro sobrevivente, na ausência de descendentes e ascendentes do *de cujus* teria direito à totalidade da herança deixada por este. Ao estabelecer a concorrência do companheiro com parentes colaterais até o quarto grau, o Código Civil claramente trouxe um retrocesso aos direitos dos companheiros.

Entretanto, pelo princípio da vedação ao retrocesso, os direitos não podem retroagir na proteção dos indivíduos, podendo apenas avançar. Desse modo, qualquer medida propensa a revogar direitos sociais já consolidados sem, entretanto, criar meios alternativos para compensar a anulação de tais direitos é inconstitucional.⁶¹

O princípio em comento garante a realização da segurança jurídica, uma vez que garante estabilidade de direitos. Desse modo, guarda estreita relação com a dignidade da pessoa humana, pois, para que esta seja respeitada, é necessário que se tenha estabilidade jurídica, para que se garanta um mínimo de tranquilidade e confiança.⁶²

60 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Cível. Direito sucessório. Inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil. Agravo de instrumento nº 0014366-25.2012.8.19.0000. Agravante: Solange Andrade Brandao. Agravado: Dylemar Francisco De Oliveira e outros. Relator: Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 42/2012, p. 121. nov. 2012.

61 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

62 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Páginas de Direito**. Disponível em < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf> >. Acesso em: 06 jun. 2017.

Para Maria Berenice Dias, tratar cônjuge e companheiro de forma diferenciada representa ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso:

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva para a sua satisfação - passa a haver também uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. O legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Do mesmo modo, todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional.

Por exemplo, todas as omissões da lei, deixando de nominar a união estável quando assegura algum privilégio ao casamento, devem ser tidas por inexistentes. Quando a lei não fala na união estável, é necessário que o intérprete supra essa lacuna. Assim, onde se lê cônjuge, necessário passar-se a ler cônjuge ou companheiro. E, sempre que a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tal referência como não escrita.⁶³

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar a apelação nº 0036166-09.2012.8.19.0001, afastou a incidência do art. 1.790, do Código Civil, concedendo a totalidade da herança ao companheiro, em detrimento dos parentes colaterais, por entender que o mencionado dispositivo é inconstitucional, uma vez que viola o princípio da vedação ao retrocesso:

AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PRETENSÃO SUCESSÓRIA DOS COLATERAIS. TOTALIDADE DA HERANÇA QUE DEVE SER DEFERIDA AO COMPANHEIRO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, III, DA LEI 8971/94. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENTENDIMENTO QUE DEVE SER APLICADO TAMBÉM QUANDO A ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRER NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO

⁶³DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

CIVIL DE 2002. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO ART. 1790, III, DO CÓDIGO CIVIL. DISPOSIÇÃO LEGAL QUE, REDUZINDO A PROTEÇÃO CONFERIDA PELO ORDENAMENTO À UNIÃO ESTÁVEL, VIOLA O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CONSUBSTANCIADA NO DESPRESTÍGIO DA UNIÃO ESTÁVEL ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR DESTINATÁRIA, POR FORÇA DA CONSTITUIÇÃO, DE PROTEÇÃO EFETIVA PELO ESTADO (CF, ART. 226, CAPUT).⁶⁴

Desse modo, resta demonstrado que, ao retirar dos companheiros direitos já concedidos a estes por legislação anterior, o Código Civil, em seu art. 1.790, viola o princípio da vedação ao retrocesso, sendo, portanto, inconstitucional.

3.5. O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e encontra-se expressamente prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. Com a preocupação em promover os direitos humanos e a justiça social, o constituinte fez da dignidade da pessoa humana o centro de toda a ordem constitucional. É este o macroprincípio, do qual todos os outros irradiam.⁶⁵

Luís Roberto Barroso observa que a dignidade da pessoa humana integra o conteúdo de todos os direitos fundamentais, todavia, não se confunde com nenhum deles. Ela também não é um direito fundamental ponderável com os outros, mas é, na verdade, o parâmetro para a ponderação. Além disso, ela não possui caráter absoluto,

64 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Cível. Direito sucessório. Inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil. Apelação nº 0036166-09.2012.8.19.0001. Apelante: Sigiloso. Apelado: Sigiloso. Relator: Mario Guimaraes Neto. Rio de Janeiro, 11 de outubro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 55/2014, p. 263. nov. 2014.

65 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 44.

uma vez que, em alguns casos, alguns aspectos da dignidade podem ter que ser sacrificados em prol de outros aspectos.⁶⁶

Maria Berenice Dias aponta que a dignidade da pessoa humana possui forte ligação com o direito de família, uma vez que se reconhece hoje uma pluralidade de famílias, constituídas das mais diversas formas. A autora observa que fere o princípio em comento a discriminação a algum tipo de constituição de família.⁶⁷

Nesse sentido, ao julgar o agravo de instrumento nº 0053202-67.2012.8.19.0000, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afastou a incidência do art. 1.790, do Código Civil, por entender que este viola o princípio da dignidade da pessoa humana, e aplicou ao caso as regras do art. 1.829 e seguintes do mesmo diploma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS. CONCORRÊNCIA ENTRE COMPANHEIRO SOBREVIVENTE E COLATERAIS. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL NA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0019097-98.2011.8.19.0000 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA DO ARTIGO 1.790, III DO CÓDIGO CIVIL, ANTE A VIOLAÇÃO DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DEVENDO PREVALECER AS REGRAS SUCESSÓRIAS CONSTANTES DO ARTIGO 1.829 E SEGUINTE DO CÓDIGO CIVIL. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 226, § 3º DA CR/88. DESSA FORMA, SE NA SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS NÃO HÁ DESCENDENTES OU ASCENDENTES É O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE HERDEIRO UNIVERSAL DOS BENS DEIXADOS PELO DE CUJUS. RECURSO

66 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Luís Roberto Barroso**. Disponível em <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2017.

67 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 44.

PROVIDO, PARA EXCLUIR OS PARENTES COLATERAIS DA SUCESSÃO ABERTA.⁶⁸

Portanto, o Código Civil, ao dar tratamento diferenciado a cônjuge e companheiro, no que diz respeito ao direito sucessório, concedendo certos direitos a um, mas não os estendendo ao outro, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana.

4. O JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recentemente, em 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, julgando definitivamente o Recurso Extraordinário nº 878.694/MG (Tema 809) e o Recurso Extraordinário nº 646.721/RS (Tema 428)⁶⁹.

4.1. O Recurso Extraordinário nº 878.694/MG (Tema 809)

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694, cujo relator foi o ministro Luís Roberto Barroso, teve início em agosto de 2016. No caso, a recorrente manteve união estável por nove anos com o autor da herança, até que este faleceu sem deixar descendentes nem ascendentes, deixando apenas três irmãos, ora recorridos.

Na decisão recorrida, o tribunal de origem, com fulcro no art. 1.790, III do Código Civil, decidiu que a companheira do *de cujus* teria direito a 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, ficando os irmãos do falecido com 2/3 de

68 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Cível. Direito sucessório. Inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil. Agravo de instrumento nº 0053202-67.2012.8.19.0000. Apelante: Giselle Rocha Paes. Agravado: Josefa Lojo Pinto e outros. Relatora: Ines da Trindade Chaves de Melo. Rio de Janeiro, 03 de abril de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 143/2013, p. 427. abr. 2013.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 864**. Brasília, DF, 22 mai. 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=munic%EDpio&pagina=864&base=INFO>>. Acesso em 08 jun. 2017

tais bens, bem como com a totalidade dos bens particulares. Ressalte-se que, como já foi demonstrado, caso a recorrente fosse casada como autor da herança, caberia a ela a totalidade da herança, ante a ausência de descendentes e ascendentes.

Logo no início do julgamento do recurso sob análise, já haviam votado pela constitucionalidade da norma os ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Celso de Mello, as ministras Rosa Weber e Carmen Lúcia, além do relator, totalizando, portanto, sete votos pela inconstitucionalidade da norma.

Após pedido de vista do ministro Dias Toffoli, o julgamento só foi retomado em 2017, manifestando-se o ministro pela constitucionalidade do dispositivo legal. Posteriormente, o ministro Marco Aurélio pediu vista e uniu o julgamento do recurso em comento ao do Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, do qual era relator.

Ao final, o placar do julgamento do Tema 809 foi de oito votos a três, tendo sido vencidos os ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que defenderam o entendimento de que o art. 1.790, do Código Civil não coloca o casamento em posição superior à união estável, mas demonstra que são formas diversas de entidades familiares. Os ministros apontaram ainda para a necessidade de se respeitar a opção dos indivíduos por um dos regimes.

4.2. Recurso Extraordinário nº 646.721/RS (Tema 428)

O Recurso Extraordinário nº 646.721/RS tratava da sucessão de companheiro homoafetivo, sendo relator o ministro Marco Aurélio.

Ao proferir a decisão recorrida, o tribunal de origem entendeu ser indevida a equiparação entre união estável e casamento, pois entendeu que a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, deixa claro que os institutos não estão equiparados. Assim, determinou que o companheiro faz jus apenas à herança dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, com base no art. 1.790, do Código Civil.

Inicialmente votou o relator, entendendo pela constitucionalidade da norma, afirmando que a equiparação entre os dois regimes viola a liberdade de escolha da forma de constituição de família.

Votaram pela inconstitucionalidade do dispositivo os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e Alexandre de Moraes e as ministras Rosa Weber e Carmen Lúcia. O placar do julgamento foi de oito votos a dois, tendo sido vencidos os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Ausente o ministro Dias Toffoli.

O Supremo Tribunal Federal ressaltou que a abertura da sucessão se deu antes de ser reconhecida, pelo próprio tribunal, a equiparação da união homoafetiva com a união estável e antes do Conselho Nacional de Justiça regulamentar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, não era possível a conversão da união em casamento, nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, o que, para o Supremo, torna o tratamento diferenciado ainda mais injusto.

4.3. O entendimento do Supremo Tribunal Federal

Ao analisar a constitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal apontou que a Constituição Federal prevê a existência de diversas modalidades de famílias, dentre as quais está a união estável.

O Supremo ponderou que, após a vigência da Constituição Federal, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou a união estável, conforme visto em momento anterior, equiparou a união estável ao casamento, todavia, o Código Civil, ao tratar a matéria, acabou com tal equiparação, promovendo o retrocesso e uma hierarquização entre os institutos.

Para o STF, o art. 1.790, do Código Civil é inconstitucional, por contrariar os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.

Ao proferir seu voto no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, o ministro Luís Roberto Barroso, relator do mencionado processo, analisou qual deveria ser o regramento aplicável à sucessão do companheiro, diante da exclusão do dispositivo declarado inconstitucional do ordenamento jurídico. O ministro apontou a existência de duas alternativas. A primeira consiste em restabelecer a validade das leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996, uma vez que teriam sido retiradas do ordenamento jurídico por norma inválida. A segunda alternativa seria aplicar à sucessão do companheiro o art. 1.829, do Código Civil, com base na ideia de que não deve haver diferenciação entre união estável e casamento, para fins de sucessão. Defendeu o ministro ser mais correta a segunda opção:

Se é verdade que o CC/2002 criou uma involução inconstitucional em seu art. 1.790 em relação ao companheiro, é igualmente certo que representou razoável progresso no que concerne ao regramento sucessório estabelecido no art. 1.829 para o cônjuge. No citado artigo 1.829, reforça-se a proteção estatal aos parceiros remanescentes do falecido, tanto pela sua elevação à condição de herdeiro necessário, como pelos critérios de repartição da herança mais protetivos em comparação com a legislação até então existente. Considerando-se, então, que não há espaço legítimo para que o legislador infraconstitucional estabeleça regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, chega-se à conclusão de que a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002, e não daquele estabelecido nas leis revogadas. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002.⁷⁰

Assim, para ambos os processos, foi fixada a seguinte tese, de autoria do ministro Luís Roberto Barroso, para fins de repercussão geral:

No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.

70 BARROSO, Luís Roberto. Voto - Recurso Extraordinário nº 878.694/MG. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf> >. Acesso em 09 jun. 2017

4.4. Efeitos da decisão

Conforme visto acima, o Supremo Tribunal Federal firmou tese no sentido de ser inconstitucional a diferenciação entre casamento e união estável para fins de sucessão, devendo ser aplicado em ambos os regimes a disposição do art. 1.829, do Código Civil, que, como observado em momento anterior, possui a seguinte redação:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

É possível observar, portanto, que o companheiro concorre com os descendentes, dependendo do regime de bens adotado pelo casal. Além disso, concorre também com os ascendentes. Uma das principais inovações é que, na ausência de ascendentes e descendentes, caberá ao companheiro a totalidade da herança, excluindo os colaterais até o quarto grau, tal qual ocorre com o cônjuge desde a vigência do atual Código Civil.

Para preservar a segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal optou pela modulação dos efeitos da decisão, determinando que essa se aplica apenas aos inventários judiciais em que a sentença de partilha não tenha transitado em julgado e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. Nesse sentido foi o voto do ministro Luís Roberto Barroso:

Por fim, é importante observar que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Assim, levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.⁷¹

4.5. Questões pendentes

Ao julgar a questão da inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, optando pela incidência do art. 1.829, do Código Civil à sucessão do companheiro, o Supremo Tribunal Federal deixou pendentes algumas importantes questões sobre o tema, conforme se verá a seguir.

A primeira delas é se o companheiro passou a ser considerado herdeiro necessário, integrando o rol do art. 1.845, do Código Civil, que atualmente dispõe que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. Caso o companheiro seja elevado à categoria de herdeiro necessário, passariam a ser aplicadas, na sua sucessão, as regras previstas entre os arts. 1.846 e 1.849, do Código Civil, que possuem a seguinte redação:

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

71 BARROSO, Luís Roberto. Voto - Recurso Extraordinário nº 878.694/MG. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf>>. Acesso em 09 jun. 2017

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

§ 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

Art. 1.849. O herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima.

Como é possível observar, o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, se ocorrer, fará com que seus direitos fiquem resguardados, uma vez que este passará a ter direito à legítima, que corresponde à metade da herança reservada aos herdeiros necessários, não podendo o autor da herança dispor dessa metade como ato de última vontade. Além disso, sendo o companheiro herdeiro necessário, não pode o autor da herança o excluir da sucessão por meio de testamento.

Outra questão pendente na sucessão do companheiro diz respeito ao direito real de habitação. Conforme já mencionado, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, concedeu ao companheiro o direito real de habitação. Posteriormente, o Código Civil, em seu art. 1.831, regulamentou o direito real de habitação do cônjuge, que já era previsto no Código Civil anterior, entretanto, silenciou em relação à extensão desse direito ao companheiro.

Como já demonstrado, na doutrina e na jurisprudência prevalece o entendimento de que o companheiro faz jus ao direito real de habitação, aplicando-se a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, pois o Código Civil não a revogou, no que diz respeito à previsão de tal direito.

Com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, pela não diferenciação entre união estável e casamento, para fins de direito sucessório, surge a dúvida sobre como o

direito real de habitação do companheiro passará a ser tratado, se pela regra da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, ou pelo art. 1.831, do Código Civil.

A determinação de qual dispositivo irá incidir é de extrema importância, pois a matéria é tratada de maneira diversa pelas leis. Ao passo que a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, em seu art. 7º, parágrafo único, determina que o companheiro sobrevivente somente fará jus ao direito real de habitação enquanto não se casar, ou constituir nova união estável, o art. 1.831, do Código Civil, prevê o direito real de habitação do cônjuge sem, entretanto, trazer a mesma limitação, sendo um direito vitalício.

Dessa forma, é possível observar que a incidência do art. 1.831, do Código Civil, também à união estável seria mais benéfica ao companheiro, eliminando, assim, mais uma desvantagem no tratamento do direito sucessório dos companheiros.

Outra questão pendente diz respeito à reserva de $\frac{1}{4}$ da herança, que o Código Civil, em seu já mencionado art. 1.832 garante ao cônjuge sobrevivente na concorrência com descendentes comuns. Já foi visto que o Código Civil não garantiu ao companheiro tal benefício. Resta saber se, com a decisão em análise, tal direito será também estendido à união estável.

Assim, é possível notar que algumas questões relativas à sucessão do companheiro ficaram pendentes de solução, cabendo à doutrina e à jurisprudência resolver tais pendências.

CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou analisar a constitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, que confere ao companheiro tratamento bastante diverso do que foi dado ao cônjuge, em relação aos direitos à sucessão.

Com o trabalho, foi possível concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo legal sob análise, que violou a Constituição Federal e seus princípios ao colocar a união estável em posição de desprestígio, em relação ao casamento, no que diz respeito aos direitos sucessórios. Além disso, observou-se que o Código Civil trouxe um retrocesso ao dispor sobre a sucessão do companheiro, uma vez que suprimiu direitos que eram conferidos pelas leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e nº 9.278, de 10 de maio de 1996.

Para melhor análise do tema, foi feito, inicialmente, um estudo sobre a união estável no ordenamento jurídico brasileiro, merecendo destaque ter a Constituição Federal de 1988 reconhecido instituto como entidade familiar, garantindo-lhe especial proteção do Estado.

Feita uma análise comparativa entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro, foi possível observar que este está claramente em posição de desvantagem, uma vez que o Código Civil lhe conferiu tratamento bastante diferenciado em diversos aspectos, de forma injustificada, hierarquizando as duas formas de constituição de família.

Ao analisar o art. 1.790, do Código Civil, sob uma ótica constitucional, foi permitido concluir que o mencionado dispositivo viola a Constituição Federal, que para renomados autores e parte da jurisprudência equiparou a união estável ao casamento, e representa ofensa aos princípios da igualdade, da afetividade, da vedação ao retrocesso e da dignidade da pessoa humana. Ressalte-se que, embora não exista consenso sobre o tema, essa é o entendimento de grande parte da doutrina e da jurisprudência.

Ao observar o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, com repercussão geral, foi possível concluir que não deve mais o polêmico art. 1.790, do Código Civil, ser aplicado, diante da sua inconstitucionalidade, devendo ser aplicado à sucessão do companheiro o disposto no art. 1.829, do Código Civil, cabendo ressaltar que, como visto, a decisão não se aplica a processos com trânsito em julgado. O Supremo, ao julgar os processos, entendeu que o mencionado dispositivo é totalmente

inconstitucional, por violar princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso. Entretanto, como foi possível constatar, algumas questões acerca da sucessão do companheiro ainda estão pendentes, não se resolvendo pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em comento.

Nesse sentido, está claro que o Código Civil, ao privilegiar o casamento, em relação aos direitos sucessórios, em detrimento da união estável, não estendendo ao companheiro diversos direitos que são conferidos ao cônjuge, viola a Constituição Federal e seus princípios.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil Comentado**. v. 18. São Paulo: Atlas, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Luís Roberto Barroso**. Disponível em < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil.. **Coleção de Leis do Brasil**, Página 168 Vol. 1 fasc. 1º. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944. Reforma da Lei de Acidentes de Trabalho. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1944. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7036.htm >. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963. Fixa novos valores para os vencimentos dos servidores do Poder Executivo, Cíveis e Militares; institui o empréstimo

compulsório; cria o Fundo Nacional de Investimentos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 set. 1963. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4242.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963. Dispõe sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jan. 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4297.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 332. A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia. **Diário da Justiça Eletônico**, Brasília, DF, 13 mar. 2008, p. 11.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 864**. Brasília, DF, 22 mai. 2017. Disponível em: <
[http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=munic
 %EDpio&pagina=864&base=INFO](http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=munic%EDpio&pagina=864&base=INFO)>. Acesso em 08 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 08 mai. 1964, p. 1237.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 382. A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato.. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 08 mai. 1964, p. 1237.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 35. A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 out. 2014, p. 1.

CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. 2002. 227 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

CASSETTARI, Christiano. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes (Coord.). **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 22. ed. v. 6 São Paulo: Saraiva, 2008.

ESPINOSA, Marcello. Evolução Histórica da União Estável. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, v. 01, n. 56.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias, volume 6**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 99.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança – a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 29, p. 219, Abr-Maio/2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Páginas de Direito**. Disponível em < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHREIBER, Anderson. União estável e casamento: uma equiparação? **Carta Forense**. São Paulo, 02 mai. 2017. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro. O polêmico art. 1.790 do código civil e suas controvérsias principais. **Jusbrasil**. Disponível em < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820016/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1790-do-codigo-civil-e-suas-controversias-principais>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

_____, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. **Jusbrasil**. Disponível em < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil, v. 6: direito das sucessões**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método.

_____, Flávio. STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil. E agora?. **Migalhas**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.